



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ANNANDA AZEVEDO E SOUZA LEITE

A FILMAGEM DA CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL:

**Um estudo sobre a sua direta repercussão no momento de admissibilidade e
de produção de prova**

Brasília

2013

ANNANDA AZEVEDO E SOUZA LEITE

A FILMAGEM DA CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL:

**Um estudo sobre a sua direta repercussão no momento de admissibilidade e
de produção de prova**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor MSc. Georges Seigneur

Brasília

2013

DEDICATÓRIA

Dedico este singelo trabalho a Deus e aos meus queridos pais.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor MSc. Georges Seigneur, pela paciência, dedicação, competência e conhecimento;

Ao professor Roberto Sobral pelas orientações desde o projeto de pesquisa;

Aos meus queridos pais pelas palavras de apoio, incentivo e amor;

Aos familiares e amigos pela torcida e por entenderem a minha ausência;

Ao Marconi pelo companheirismo nos momentos em que me dediquei à graduação e inestimável auxílio na elaboração deste trabalho;

Às amigas de graduação pelos momentos de aprendizado e ajuda mútua;

Enfim, a todos aqueles que contribuíram de alguma forma.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza jurídica da filmagem da confissão produzida no inquérito policial, frente à abrangência de determinadas terminologias utilizadas na classificação das provas, entre as quais incluem as provas documentais e as provas não repetíveis. A partir desse enfoque, pretende-se demonstrar em que medida a referida filmagem poderá ser aceita na fase judicial para formação do convencimento do juiz, uma vez considerada como prova legal. Para tanto, o método de elaboração será, sobretudo, dogmático e eminentemente dedutivo, partindo-se de regras gerais em face da ausência de regulamentação sobre o tema. Assim, é feita uma abordagem sobre os aspectos gerais da prova no processo penal brasileiro, além de apontar alguns princípios constitucionais relevantes para o sistema probatório e ligados à confissão, e, por fim, é exposto o direito à prova. Apresenta-se, ainda, a confissão extrajudicial e o momento em que restará configurada, vale dizer, no inquérito policial, a fim de analisar o valor probatório das provas colhidas na fase de investigação. Nesse contexto, o presente trabalho insurge-se, neste contínuo caminhar, para avaliar a natureza jurídica, especificamente, da prova produzida através da captação de imagens, no caso, da filmagem da confissão extrajudicial e, por isso, apoia-se no estudo de determinadas classificações de prova. Sob essa percepção, é apresentada uma análise referente à abrangência conceitual da prova documental e da prova não repetível. Por fim, encerra-se o presente trabalho com a conclusão de que é possível considerar a filmagem da confissão extrajudicial como prova documental e irrepetível em razão da pobreza conceitual presente no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Filmagem. Confissão extrajudicial. Natureza Jurídica. Prova documental. Prova não repetível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A PROVA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	10
1.1 Conceito de Prova	11
1.2 Fonte de Prova	13
1.3 Meios de Prova	14
1.4 Objeto da Prova	15
1.5 Princípios do Sistema Probatório Brasileiro	17
1.5.1 Princípio do Direito ao Silêncio e Não autoincriminação	18
1.5.2 Princípio do Contraditório	21
1.5.3 Princípio da Ampla Defesa	23
1.6 Direito à prova	24
2 A PROVA E O INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO	26
2.1 Inquérito Policial Brasileiro	26
2.1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade	28
2.1.2 Valor Probatório das provas colhidas no Inquérito Policial Brasileiro	29
2.2 Confissão extrajudicial	29
2.2.1 Natureza Jurídica	30
2.2.2 Requisitos	30
2.2.3 Valor probatório	33
3 A FILMAGEM DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	35
3.1 Da (a)tipicidade da prova documental	37
3.1.1 Da distinção de documento e de documentação	40
3.2 Da análise da segunda parte do artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro	44
3.3 Da natureza da filmagem da confissão extrajudicial e a admissibilidade no processo penal	49
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A disciplina da prova é um tema de grande importância para o Processo Penal, e ainda para o próprio Direito Penal em si, visto que a decisão judicial é motivada pelas provas produzidas ao longo do processo.

Ocorre que, em virtude do avanço tecnológico, nos deparamos com novas formas de produção de prova. São meios legais que permitem a busca pela verdade dos fatos contrários ao ordenamento jurídico, contudo, não se encontram regulamentados pelo legislador.

Nesse diapasão, convém analisar a filmagem da confissão no inquérito policial, que é um novo aspecto presente na fase inquisitória, suscitando, assim, uma nova problemática a ser discutida, diante da possibilidade de ser aceita como prova na fase judicial.

É inegável que a filmagem traz resultados positivos para a sociedade, mediante a lisura do próprio procedimento do inquérito policial. É por meio da filmagem que o magistrado poderá perceber as condições físicas e psicológicas que o réu se encontrava no momento da confissão, se aproximando da verdade dos fatos, vale dizer, da autoria da prática delituosa. Nesse sentido, na medida em que o ambiente de uma delegacia se encontra sujeito a uma filmagem frequente, os atos de investigação contribuirão de uma forma mais eficaz para o processo penal, uma vez que permite maior segurança na convicção do juiz ao apreciar todas as circunstâncias fáticas.

Partindo-se de tal premissa, o presente trabalho destina-se a estudar a filmagem da confissão no inquérito policial e sua direta repercussão no momento de admissibilidade e de produção de prova, o que nos remete a seguinte reflexão: a partir do momento em que a filmagem da confissão extrajudicial passa a ser aceita como prova para o convencimento do magistrado, ela continuará sendo prova oral ou a sua natureza jurídica será alterada, tornando-se mera prova documental? Isto é, em que medida a filmagem da confissão extrajudicial poderá ser aceita na fase judicial sob o enfoque da classificação das provas no Brasil?

Ora, se a filmagem, por si só, é considerada como prova documental, em razão disso é discutível a possibilidade da confissão também ser classificada como tal, diante

do amplo conceito de documento, sendo ainda suscetível considerá-la como prova irrepetível¹. Diante disso, o juiz poderia, à luz da última parte do artigo 155 do Código de Processo Penal², utilizá-la exclusivamente para a formação de sua convicção, visto que poderá ser refutada em juízo, e assim passará pelo crivo do contraditório – é o chamado contraditório diferido. Por outro lado, é possível analisar que a simples gravação da confissão extrajudicial não muda a sua natureza jurídica, em razão de ser considerada como mero instrumento de registro (documentação), não se caracterizando como prova documental.

Observa-se, portanto, que o tema tem bastante relevância social, à luz da segurança jurídica, e por isso, esta pesquisa terá como objeto o estudo da prova, em especial a filmagem da confissão no inquérito policial, bem como a sua classificação no momento em que é admissível para o convencimento do magistrado, sem, contudo, olvidar dos princípios e garantias constitucionais. Isto é, o intento deste trabalho consiste em uma reflexão quanto ao valor da filmagem da confissão como prova no processo penal, frente à discussão da classificação de sua natureza jurídica. Para tanto, o método de elaboração será, sobretudo, dogmático e eminentemente dedutivo, partindo-se de regras gerais no que diz respeito à produção de provas no processo penal brasileiro, em virtude da ausência de regulamentação sobre o tema. O estudo ainda será pautado de uma abordagem crítica, como também de uma análise minuciosa.

Por este motivo, a presente pesquisa se divide em três capítulos, além da conclusão. O primeiro aborda os aspectos gerais da prova no processo penal brasileiro como conceito, fonte, meio e objeto da prova, além de apontar alguns princípios constitucionais relevantes para o sistema probatório e ligados à confissão extrajudicial, quais sejam os princípios do direito ao silêncio e não autoincriminação, do contraditório e da ampla defesa, que asseguram a efetiva produção e admissibilidade da prova. E, por fim, o direito à prova também é analisado, visto que, uma vez garantido pelos princípios em tela, permite às partes participar no desenvolvimento do processo para assim atingir o resultado pretendido.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do inquérito policial, momento em que a confissão extrajudicial restará configurada. Apresenta-se, para tanto, a evolução histórica, conceito, natureza e finalidade, bem como o valor probatório das provas colhidas na

¹ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p.63.

² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 5 out. 2013.

fase inquisitorial. Do mesmo modo, realiza-se o estudo quanto à confissão extrajudicial a fim de elucidar o objeto do trabalho.

O terceiro capítulo, pertinente ao problema da presente pesquisa, tem como prioridade analisar a prova produzida através da captação de imagens. O estudo, porém, restringe-se à filmagem da confissão extrajudicial. O que se intenta é avaliar a classificação da referida gravação, caso seja considerada como prova, uma vez ausente qualquer regulamentação sobre o tema e diante da abrangência determinadas terminologias. Sob esse enfoque, são apresentados estudos referentes à (a)tipicidade da prova documental, além da abrangência da prova não repetível. Para isso, imperiosa se faz a distinção entre documento e instrumento, bem como entre documento e documentação. Ademais, em virtude da possibilidade de classificá-la como prova irrepetível, faz-se uma análise do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Por fim, são apresentadas as conclusões do tema com uma breve síntese do que foi analisado na pesquisa, bem como pontos relevantes para uma discussão acadêmica.

1 A PROVA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941³, introduziu o atual Código de Processo Penal no ordenamento jurídico brasileiro. Na época de sua edição, vale dizer, durante o Estado-Novo, Getúlio Vargas governava o Brasil com forte centralização de poderes na vigência da Constituição de 1937, de natureza autoritária e fascista⁴.

Por razões óbvias e de origem, as referidas características repercutiram em todo o ordenamento jurídico vigente à época, a exemplo do Código de Processo Penal Brasileiro, que tinha como princípio fundamental a presunção de culpabilidade⁵.

Contudo, é importante consignar que, em virtude do crescente processo de redemocratização, as Constituições (1946, 1967, 1969 e 1988) e as leis infraconstitucionais revogaram diversos artigos do Código - Decreto-lei nº 3.689⁶. Nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira, em relação à Constituição de 1988 e o Processo Constitucional:

“Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

Enquanto a codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado [...].

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei pena, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.”⁷

Ocorre que, nada obstante as alterações efetuadas, o Código de Processo Penal ainda era considerado ultrapassado, pois conservava suas características iniciais⁸. Desta forma, ainda que o ideal fosse a edição de uma reforma completa do diploma processual, preferiu-se realizar reformas pontuais, visto que facilitava a sua tramitação legislativa⁹.

³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 jun. 2013.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

⁵ Ibidem. p. 6.

⁶ BRASIL. op. cit.

⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 8.

⁸ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

⁹ Ibidem.

Com efeito, uma das reformas do Código de Processo Penal está relacionada à disciplina da prova. É que a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008¹⁰, aprovou o Projeto de Lei nº 4.205/2001, trazendo consigo importantes modificações, como observa Antônio Magalhães Gomes Filho:

“São características salientes no novo texto: a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulação legal da proibição das provas ilícitas; e ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas.”¹¹

A temática da prova é, pois, de extrema importância para o direito processual. Além de motivar a decisão judicial, observa-se ainda que as provas produzidas ao longo do processo permitem uma maior aproximação com realidade dos fatos – verdade possível sobre o ocorrido, denominada verdade processual¹².

1.1 Conceito de Prova

O processo penal brasileiro visa apurar o fato delituoso e identificar a sua autoria, por meio da atividade estatal, realizando, assim, a ordem jurídica. Como explica Aury Lopes Junior, “o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”¹³. Por esse motivo, antes de julgar, é preciso “provar, isto é, demonstrar os fatos articulados na peça acusatória”¹⁴.

Semelhante o conceito de Ronaldo Tanus Madeira, para quem provar consiste em “produzir fatos, concretizar o alegado, transformar numa verdade jurídica tudo o que foi proposto pelas partes e admitido pelo julgador”¹⁵.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 jun. 2008**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 247. *Apud* KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

¹² KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 489.

¹⁴ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. **Da prova penal**. São Paulo: Copola, 1994. p. 24.

¹⁵ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 2.

Fernando de Almeida Pedroso, por sua vez, entende que provar é “estabelecer um estado de convicção e certeza. Consiste, pois, em elucidar, esclarecer e demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os sobranceiros e indenes a qualquer dúvida, fazendo-os certos e determinados quando à sua existência”¹⁶. Por conseguinte, na linha de ensinamento de Francisco das Neves Baptista:

“De todo modo, *prova* afigura-se, em todos os idiomas mais conhecidos no Ocidente, umbilicalmente atada às ideias de conhecimento e verdade. Seja como confrontação da versão de cada parte com os elementos ou meio produzidos para afiançá-la.”¹⁷ (Grifo do autor)

Desse modo, a prova penal, segundo Ronaldo Tanus Madeira, consiste no “conjunto de fatos produzidos pelas partes, acusação e defesa, e, de ofício, pelo próprio juiz, em um procedimento processual, cuja finalidade é a de estabelecer uma verdade jurídica, através da descoberta da verdade real, e que possa, com segurança, levar o magistrado a prolatar uma decisão final da causa”¹⁸. É o que constata Aury Lopes Junior:

“É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nela admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. [...] Daí porque o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova [...].”¹⁹ (Grifo do autor)

Em suma, a prova, em quaisquer de seus significados, é a demonstração de uma verdade, permitindo “a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo”²⁰.

Por outro lado, merece destaque a análise realizada por Grinover, Scarance e Gomes Filho, ao afirmar que o “termo ‘prova’ não é unívoco”²¹, acrescentando:

“Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os ‘meios de prova’. Pode-se, assim, distinguir entre *fonte de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meio de prova* (instrumentos pelos

¹⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

¹⁷ BAPTISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

¹⁸ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 490.

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 2. p. 330.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

quais os mesmos se fixam em juízo) e *objeto da prova* (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).”²²
(Grifo do autor)

Observa-se, portanto, que a terminologia processual estabelece distinção entre fonte de prova, meio de prova e objeto da prova.

1.2 Fonte de Prova

Inicialmente, convém ressaltar que o termo fonte de prova corresponde à pessoa ou coisa por meio da qual se torna possível alcançar a prova²³. Em outras palavras, é “o fato, circunstância ou coisa noticiada no processo, através de algum meio legal, ordinário ou extraordinário, do qual se extrai o fato que se deseja provar”²⁴.

Como se vê, é nítida a ligação entre fonte e meio, visto que “pode existir fonte sem o meio de prova, mas não se concebe a existência deste – do meio de prova – sem a respectiva fonte”²⁵. É que a fonte é anterior ao processo e, por isso, sua existência independe de qualquer relação processual, diferentemente do meio de prova²⁶. A propósito, Spiridon Anyfants exemplifica:

“[...] no exame de corpo de delito e perícias, a fonte de prova é o objeto material ou pessoa sobre o qual a atividade incide, enquanto o meio de prova é a atividade de pesquisa protagonizada pelo perito. Na confissão, a fonte de prova é a pessoa, enquanto o meio consiste em sua declaração no processo. Da mesma forma, a prova testemunhal: a testemunha consiste na fonte de prova; seu depoimento, o meio de prova. Na prova documental o documento é a fonte. Sua incorporação ao processo, o meio de prova.”²⁷

Ademais, por se tratar de realidade pré-existente, incide tão somente as garantias jurídico-constitucionais de ordem geral, e não as garantias previstas pela ordem processual²⁸.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

²³ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

²⁴ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 26.

²⁵ Ibidem. p. 27.

²⁶ Ibidem. p. 26.

²⁷ Ibidem. p. 28.

²⁸ Ibidem. p. 27.

1.3 Meios de Prova

Os meios de prova são todos os recursos utilizados, direta ou indiretamente, com o fim de atingir a verdade dos fatos²⁹. Considera-se, pois, como um caminho por meio do qual se torna possível o ingresso da prova no processo³⁰. E, assim, “através deles é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram”³¹.

No entanto, em virtude do avanço tecnológico presente nas sociedades modernas, é possível perceber a existência de novas formas e meios de se demonstrar a prova dos fatos que, até então, não foram previstos pelo legislador. É o que se vê no Código de Processo Penal, uma vez que não estabelece qualquer limitação em relação aos meios de prova, adotando, apenas, a enumeração meramente enunciativa³². Por tal razão, Spiridon Anyfantis ressalta a existência de meios de prova ordinários e extraordinários:

“Meios de prova ordinários são aqueles expressamente previstos na norma processual. A legislação brasileira prevê os seguintes: exame de corpo de delito e perícias, interrogatório do acusado, confissão, perguntas ao ofendido, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação, prova documental, prova por indícios e busca e apreensão de coisas ou pessoas. Cada um desses meios de prova ordinários possui procedimento específico, previsto em lei. É o que se denomina modo de produção da prova, cuja previsão permite aos atores do processo – o juiz, a acusação e a defesa – valorarem, da melhor forma, a credibilidade da fonte e a idoneidade do elemento de prova.

Meios de prova extraordinários ou atípicos são aqueles que não encontram enumeração taxativa no ordenamento processual.

[...] Assim, os exames de DNA, as interceptações de comunicação, as provas produzidas por meio audiovisuais, dentre tantas outras, são meios de prova que auxiliam de modo mais eficiente na reconstrução histórica dos fatos, mas que apenas recentemente começaram a receber alguma regulamentação por parte do Estado.”³³.

Com efeito, em virtude do princípio da liberdade probatória, os fatos alegados no processo podem ser provados por diversos meios, ainda que não admitidos em lei³⁴. Nesse contexto, se mostra perfeitamente possível a aplicação de normas, por analogia,

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

³⁰ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 28.

³¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 333.

³² ANYFANTIS, op. cit. p. 29.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem. p. 30

que versem sobre o meio de prova, observando sua natureza e característica³⁵. É o caso do artigo 332, do Código de Processo Civil, ao dispor que “todos meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”³⁶.

Contudo, como se vê, não é qualquer meio de prova. É imprescindível observar o ordenamento jurídico, não o contrariando. Assim, os meios imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade ou à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, são totalmente incompatíveis com o sistema processual em vigor e, por isso, são denominados como meios ilícitos, sendo proibida a sua utilização³⁷. Nesse sentido, merece destaque a seguinte observação:

“A Constituição de 1988, pondo cobro a uma discussão ainda aberta na doutrina e jurisprudência, declarou “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito” (art. 5º, inc. LVI). Não se trata, pois, de admitir a prova obtida ilicitamente, em nome do princípio da verdade real ou de outro qualquer, para depois responsabilizar quem praticou o ilícito (civil, penal, administrativo) – mas simplesmente de impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam.”³⁸

O Código de Processo Penal adota, implicitamente, o princípio da liberdade dos meios de provas³⁹. Na visão de Guilherme de Souza Nucci, configura-se, pois, como “uma liberdade quase plena produzir provas em processo penal, onde se busca a verdade real ou material, não se contentando com a formal”⁴⁰.

1.4 Objeto da Prova

O objeto da prova (*thema probandum*) é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância, cuja veracidade as partes desejam demonstrar no processo, a fim de emitir um juízo de valor⁴¹. Logo, não abrange apenas o fato criminoso e a sua autoria, “mas também todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que circundam e que possam influir na

³⁵ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 30.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 jan. 1973**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 6 mai. 2013.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 378.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ NUCCI, op. cit. p. 64.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 381.

responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança”⁴². E, assim, Carnelutti conceitua: “um fato é uma prova enquanto serve para conhecer outro fato; este outro fato, isto é, o fato a conhecer chama-se objeto da prova”⁴³.

Assim, o objeto da prova pode ser considerado conforme os aspectos abstrato e concreto. Em sentido abstrato, considera-se como objeto da prova tudo aquilo que se pode provar em termos gerais, isto é, em qualquer processo⁴⁴. Por outro lado, em sentido concreto, o objeto da prova está relacionado a determinado processo e, por isso, deve-se provar a “existência do fato delituoso, suas circunstâncias e [...] eventuais qualificadoras ou causas de diminuição da pena”⁴⁵, bem como a autoria e condições pessoais do agente.

No processo penal, via de regra, as normas de direito não são objeto de prova. É dever de o juiz conhecer os preceitos jurídicos, por se tratar de obrigação elementar para o exercício da jurisdição⁴⁶. Contudo, não é possível exigir que o magistrado tenha conhecimento sobre direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, motivo pelo qual a referida regra comporta exceções⁴⁷. Logo, de modo geral, são os fatos que devem ser provados e, excepcionalmente, o direito.

Porém, não são todos os fatos presentes nos autos que exigem prova, mas tão somente os juridicamente relevantes. Desse modo, aqueles que não têm qualquer relação com a prática delituosa ou que, mesmo existindo tal ligação, não são importantes ou esclarecedores, devem ser excluídos do procedimento instrutório⁴⁸.

Portanto, como afirma Nucci, são isentos de provas os fatos notórios, os evidentes ou intuitivos, os impossíveis, os irrelevantes e as presunções legais⁴⁹. E explica Spiridon Anyfants:

“[...] *os fatos evidentes ou incontestáveis*, sobre os quais já existe uma convicção naturalmente formada, que não comporta qualquer espécie de dúvidas quanto a sua existência e natureza. Os fatos evidentes são aqueles que se expressam como normais ou lógicos, contrariando tudo

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 249.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre El Proceso Penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. 1. p. 293. *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

⁴⁴ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 22.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. 1. 2 ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. p. 331.

⁴⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 382.

⁴⁸ ANYFANTIS, op. cit. p. 23.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

aquilo que é considerado excepcional. [...] *os fatos notórios*, que dizem respeito a todas aquelas questões normalmente conhecidas pelo homem comum, em função de sua repetida divulgação, e que, por tal razão, deveriam também ser conhecidas pelo julgador. Características dos *fatos notórios* é que podem ser limitados no tempo e no espaço. Assim, o que é do conhecimento geral do estado de São Paulo pode não sê-lo no estado do Amazonas. Por outro lado, é do conhecimento geral que não há expediente forense no dia 25 de dezembro, razão pela qual a prática de atos processuais, reputados não urgentes, não pode ser designada para essa data. De qualquer modo, havendo qualquer possibilidade de dúvida ou interesse claramente justificado no processo, os fatos reputados notórios devem ser objeto de prova. [...] *as presunções legais*, pertencentes às chamadas provas indiretas [...] bifurcam-se em presunções absolutas e relativas. As presunções absolutas ou *júris et de jure* são aquelas que não admitem prova em sentido contrário [...]. *Finalmente, estão isentas de provas os fatos inúteis*, definidos como aqueles que nada influenciam na busca da verdade. São os fatos irrelevantes e que não devem ser admitidos no processo por afrontarem a objetividade e a lógica na condução das provas. Seria o caso, por exemplo, de investigação a respeito de um crime de homicídio culposo em que, na instrução processual, o juiz perca tempo valioso indagando a testemunha a respeito dos hábitos de higiene do réu ou dos gostos musicais deste, sem que exista, nas respostas, qualquer vínculo entre esses fatos e as provas necessárias à instrução.”⁵⁰ (Grifo do autor)

Por outro lado, os fatos incontroversos não dispensam a prova. No processo penal, cabe ao juiz formar a sua convicção com base no exame das provas, e não através das conclusões das partes, diferentemente do que se verifica no artigo 334, inciso II, do Código de Processo Civil⁵¹. Portanto, objeto da prova são as alegações de fato e não os fatos alegados⁵².

1.5 Princípios do Sistema Probatório Brasileiro

O Direito Processual Penal é essencialmente um Direito de fundo constitucional, tendo em vista que é por meio dos princípios, considerados como normas essenciais ao Sistema Processual, que se torna possível a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo. Isto é, “todo o Direito Processual [...] tem suas linhas fundamentais traçadas no Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito subjetivo, que estabelece alguns princípios processuais”⁵³.

⁵⁰ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais**: sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 23-26.

⁵¹ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. **Da prova penal**. São Paulo: Copola, 1994. p. 32.

⁵² KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. **In**: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 4-5.

Com efeito, para Aury Lopes Junior, são os princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re) leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro, como no inquérito, visto que deve ser constitucionalizado para permitir certo nível de contraditório e direito de defesa⁵⁴.

Desse modo, neste trabalho será imprescindível a análise de três princípios fundamentais relacionados ao problema em estudo: princípio do direito ao silêncio e não incriminação, do contraditório e da ampla defesa.

1.5.1 Princípio do Direito ao Silêncio e Não autoincriminação

O indiciado tem o direito público subjetivo de permanecer calado desde o momento em que se realiza a prisão, conforme o artigo 5º, inciso LXIII da CF de 1988⁵⁵. Refere-se ao princípio da não autoincriminação, ou princípio *nemo tenetur se detegere*, conferido ao cidadão como direito fundamental. Desta forma, merece trazer à baila as lições de Maria Elizabeth Queijo:

“O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatórios, sugestões e dissimulações.”⁵⁶ (Grifo do autor)

É importante ressaltar que o seu fundamento se refere à cláusula de que “ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal”⁵⁷, sendo considerado o princípio reitor do processo penal.

Assim, em juízo, o magistrado deve proceder à qualificação do acusado, cientificá-lo do teor da acusação, lendo a denúncia ou queixa, informando-o de seu direito ao silêncio, bem como de que nenhum prejuízo ocorrerá se preferir permanecer calado. Ao acusado deve ser assegurada a plena liberdade de manifestação, lembrando, sempre, que suas declarações têm, primordialmente, o caráter defensivo. Da mesma forma, Spiridon Anyfants entende que “esse direito, aplicado especialmente ao campo da produção probatória, assegura

⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 113.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54-55.

⁵⁷ BRASIL. op. cit.

plena liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, e não pode se resumir ao mero direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal”⁵⁸.

O magistrado poderá, ainda, formular perguntas, explorando contradições e promovendo confronto com outras provas e depoimentos já colhidos. A formulação de indagações em relação a algum fato não esclarecido pelo réu é ainda facultada às partes, por intermédio do juiz, desde que sejam pertinentes e relevantes.

Ainda de acordo com a Carta Magna, o acusado, em seu estado natural, somente poderá ser considerado “*culpado*”, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 5º, inciso LVII⁵⁹. Desse modo, é o entendimento de Beccaria:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que tenha ele violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. [...] Aí está uma proposição muito simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado.”⁶⁰

Neste sentido, Aury Lopes Junior entende que o referido princípio obriga o juiz a ter uma postura positiva, tratando o acusado como se inocente fosse⁶¹, visto que todos são presumidamente inocentes, qualquer que seja o fato atribuído⁶². Na mesma linha de pensamento, ressalte-se o entendimento de Adauto Suannes:

“[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixa de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol de seres humanos, ainda que termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição

⁵⁸ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.190.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 37.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 185.

⁶² Ibidem. p. 187.

Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado.”⁶³

O estado de inocência é uma garantia constitucional voltada a barrar atitudes hostis, abusivas e persecutórias levianas dos órgãos estatais, não querendo significar que o réu deva abster-se de agir, em seu próprio benefício, durante a instrução criminal⁶⁴. Isso porque existe o evidente propósito defensivo em atuação contrária ao fluxo de provas levantadas pelos órgãos estatais encarregados da persecução penal⁶⁵.

Desse modo, o acusado, na fase de inquérito, pode peticionar sugerindo ao delegado a produção de provas, em particular, indicando testemunhas. Em juízo, é possível que o acusado requeira a produção de provas e dar o seu “*testemunho*”, por meio do interrogatório. Inequivocamente, pode ainda admitir a prática da infração penal, confessando, seja para se beneficiar de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, seja simplesmente para aliviar sua consciência, uma vez que não existe qualquer óbice constitucional ou legal a impedir a confissão sincera e desejada, permitindo ao acusado participar ativamente da produção de provas no processo penal⁶⁶.

Por sua vez, o artigo 198 do Código de Processo Penal⁶⁷ prevê que o silêncio do acusado não constituirá confissão, no entanto, poderá constituir elemento para que o juiz possa formar o seu convencimento.

Diante disso, para Guilherme de Souza Nucci, dizer que o silêncio do acusado pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado, pois ninguém se arriscaria a provocar no julgador um sentimento contrário à sua posição no processo, *in limine*⁶⁸. No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta que:

“[...] o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.”⁶⁹

⁶³ SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232. *Apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 187.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 169.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

O princípio em epígrafe ainda garante ao inculcado recusar-se a participar da reconstituição do crime - Artigo 5º, inciso LVII da CF de 1988⁷⁰ e Artigo 7º do Código de Processo Penal Brasileiro⁷¹.

1.5.2 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988⁷², é um dos princípios que assegura a validade do processo, sob pena de nulidade absoluta. Desse modo, Eugênio Pacelli de Oliveira o considera como pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal⁷³. Da mesma forma, Aury Lopes Junior afirma que, além do referido princípio ser considerado como uma nota característica e uma exigência política, ele se confunde com a própria essência do processo⁷⁴.

O contraditório garante o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e do direito à reação a ambos, proporcionando um processo justo e equitativo, mediante a sua efetividade e plenitude. Logo, ele deve ser visto como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental*⁷⁵. É um direito de incidir, de forma ativa, sobre o desenvolvimento e o resultado do processo⁷⁶. Com efeito, é indispensável para a própria configuração da estrutura dialética processual.

Ressalte-se, ainda, que o conceito de contraditório está ligado ao princípio da paridade de armas, por meio do qual confere forças similares às partes, vale dizer, proporciona prerrogativas semelhantes para atuar no processo, bem como meio idôneos com o intuito de efetivá-las⁷⁷.

No que se refere à prova, é o princípio do contraditório que garante todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, com o fim de possibilitar a demonstração da verdade.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁷¹ Idem. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁷² BRASIL. op. cit.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44.

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 189.

⁷⁵ Ibidem p. 185.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115.

⁷⁷ Idem. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.

A garantia do contraditório é condição de validade da prova, visto que só é admitida em observância ao princípio em tela, bem como ao princípio da publicidade, que, por sua vez, garante o exercício do primeiro. Com efeito, é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

“[...] por outro lado, a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada em diversos aspectos, que se podem assim resumir: a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova.”⁷⁸ (Grifo do autor)

Entretanto, a Constituição Federal assegura, apenas, a sua aplicação no âmbito do da instrução criminal, após o oferecimento da denúncia, momento em que já existe a figura do “acusado”.

Verifica-se, pois, determinado prejuízo à parte. Por este motivo, como entendimento contrário, Rogério Lauria Tucci sustenta a necessidade de uma contrariedade efetiva e real durante a persecução penal, incluindo a investigação, com a finalidade de permitir maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa⁷⁹.

Convém ressaltar que é possível valer-se de uma prova produzida na fase inquisitorial, mediante contraditório posterior, seja pleno ou diferido. Este é admissível devido ao pragmatismo que se impera sobre o Código de Processo Penal Brasileiro, diante da impossibilidade de sua realização de forma plena, sem, contudo, dispor do contraditório em si. Neste sentido, merece baila o entendimento de Ada Pellegrini Grinover e de Antonio Magalhães Gomes Filho:

“[...] maior dificuldade poderá surgir quanto às perícias realizadas na fase policial, sem prévia manifestação da defesa e que, muitas vezes, representam a comprovação da própria materialidade do crime. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexiste suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116.

⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 211.

pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido. [...] Mas, se a perícia não for necessária na fase indiciária, porque inexistente perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios, ou porque não servirá ela para justificar a instauração do processo, deve ser realizada na fase processual, mediante contraditório prévio e com participação do juiz. A perícia no inquérito é prova antecipada, de natureza cautelar, e só se justifica quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. ”⁸⁰ (Grifo do autor)

Assim, o referido entendimento encontra-se em consonância com o disposto no artigo 155 do CPP⁸¹. Desta forma, o princípio do contraditório não é adotado na fase inquisitorial, embora haja a participação do sujeito passivo na investigação, visto que o advogado tem direito à vista dos elementos de investigação já juntados ao inquérito policial⁸².

1.5.3 Princípio da Ampla Defesa

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988⁸³ consagra o princípio da ampla defesa, que se manifesta pela defesa técnica feita pelo defensor e pela defesa pessoal do acusado⁸⁴.

A defesa técnica é indisponível, é condição da paridade de armas, assegurando, portanto, a atuação do contraditório, bem como a imparcialidade do juiz. É exercida por meio do advogado e das defensorias públicas.

No que se refere ao inquérito policial, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem que “na fase de investigação, a intervenção da defesa não é imprescindível, embora seja assegurada especialmente a assistência do advogado ao preso em flagrante⁸⁵”.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146-147.

⁸¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁸² GLADSON, Miranda. **Processo Penal na visão das bancas examinadoras e jurisprudência**. Brasília: Vestcon, 2011. p. 72.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁸⁴ GLADSON, op. cit. loc. cit.

⁸⁵ GRINOVER, op. cit. p. 74.

Desse modo, é nítida a influência da referida garantia constitucional no processo penal. Todavia, não é um princípio absoluto, uma vez que o exercício da ampla defesa fica condicionado à observância de prazos e das cargas que pesam sobre o acusado⁸⁶.

1.6 Direito à prova

Os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LV e LIV, da Constituição Federal de 1988⁸⁷, asseguram o direito à prova. E, como não há direito que prospere sem a existência de sua devida garantia, é forçoso convir que as referidas garantias constitucionais amparam e sustentam o direito de defesa⁸⁸. Por este motivo, o dualismo – direito e garantia – se mostra indispensável no ordenamento jurídico. Nas palavras de Anyfants:

“[...] o direito de defesa se tornaria inconsistente e vago sem a garantia, ao acusado, da oportunidade de demonstrar os fatos sob sua ótica, ou seja, de prová-los e certificar-se de que suas alegações seriam efetivamente apreciadas pelo julgador, por meio de decisão fundamentada.”⁸⁹

O direito à prova consiste, pois, no direito conferido às partes, principalmente ao acusado, de apresentar as provas pertinentes às alegações contidas nos autos⁹⁰. Ou seja, é o direito de participar no desenvolvimento do processo, com o fim de atingir o resultado pretendido. Nesse sentido, Grinover, Scarance e Gomes Filho escrevem:

“[...] o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.”⁹¹

⁸⁶ GLADSON, Miranda. **Processo Penal na visão das bancas examinadoras e jurisprudência**. Brasília: Vestcon, 2011. p. 73-74.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2013.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

⁸⁹ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.46.

⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71-72.

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115.

Com efeito, não basta trazer a juízo apenas suas postulações, é necessário demonstrar a veracidade dos fatos, motivo pelo qual o direito à prova está relacionado tanto ao direito de ação quanto ao direito de defesa, como ensina Antonio Scarance Fernandes:

“Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria assegurar a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade do desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal liame, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, a de um direito subjetivo público ou cívico”⁹².

E mais: o exercício do direito à prova é desdobrado em todas as fases do processo, vale dizer, no momento da obtenção, introdução, produção e valoração da prova⁹³. Por isso, de acordo com Scarance, abrange diversos direitos das partes:

- “a) direito de requerer a produção da prova;
- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção;
- d) direito de participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;
- h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador”⁹⁴.

Em suma, o direito de defesa concede às partes oportunidades iguais de pleitearem a produção de provas, cabendo ao juiz admiti-las ou rejeitá-las, observando a sua legalidade e pertinência ao processo. E, uma vez apresentada e admitida, a prova deve ser apreciada pelo magistrado, sob pena de violar o princípio da ampla defesa.

Contudo, em virtude da exigência do contraditório, são impostas determinadas limitações à formação e produção de provas:

- “a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;
- c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova”⁹⁵. (Grifo do autor)

Desse modo, “a defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”⁹⁶.

⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 343.

⁹⁴ FERNANDES, op. cit. p. 73.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116.

2 A PROVA E O INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO

Em razão da inobservância dos princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório, as provas produzidas na fase inquisitorial só podem ser consideradas como mero indício, visto que sozinhas são inúteis para uma condenação ou para um juízo de pronúncia.

No tocante a sua utilidade, o inquérito servirá de justa causa para convencer o titular da ação penal a promovê-la. Quanto ao juiz, este somente poderá utilizá-lo se estiver claramente confirmado pelo crivo do contraditório, devendo ser demonstrado pela acusação.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci conclui que “[...] a prova colhida oralmente no inquérito policial tem validade somente como indício, merecendo ser confirmada, realmente, em juízo, e não meramente infirmada sob o crivo do contraditório [...]”⁹⁷.

2.1 Inquérito Policial Brasileiro

A evolução histórica revela a existência de diversas práticas judiciárias com a finalidade de reconstituir o fato delitivo, bem como atingir a verdade. É o caso do inquérito policial, umas das formas habituais de exercer a investigação preparatória à ação penal, por meio da qual proporciona elementos probatórios que apontam determinada infração penal e sua respectiva autoria⁹⁸. Neste sentido, Michel Foucault sustenta que:

“as práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podem ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.”⁹⁹

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 192.

⁹⁸ GLADSON, Miranda. **Processo Penal na visão das bancas examinadoras e jurisprudência**. Brasília: Vestcon, 2011. p. 105.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003. p. 11.

Assim, diante da preocupação com os direitos e garantias individuais, em virtude de eventuais abusos por parte das autoridades policiais, vez que possuíam poderes excessivos no sistema processual brasileiro¹⁰⁰, a Lei 2.033/71¹⁰¹, regulamentada pelo Decreto-Lei 4.824/71, mencionou pela primeira vez o termo *inquérito policial* no Brasil. Entretanto, suas funções já eram previstas em alguns dispositivos do Código de Processo de 1832, por meio da aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura¹⁰².

Com efeito, o atual Código de Processo Penal Brasileiro, instituído em 1941, adota o sistema da investigação preliminar policial, diferentemente de outros países, a exemplo da Espanha, França, Itália e Alemanha, que, por sua vez, seguia o sistema do juiz instrutório, amplamente defendido na época da criação do ordenamento.

A estrutura do sistema em tela é constituída por diversas formas de investigação preliminar, dentre elas o inquérito policial. Desta forma, cumpre ressaltar que, atualmente, no Brasil “cabe à polícia a investigação preliminar como também o aprofundamento das investigações e um relatório juridicamente orientado do resultado dessas investigações”¹⁰³, cuja responsabilidade é dada ao delegado de polícia, bacharel em Direito com reconhecimento profissional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Todavia, na época do Império Brasileiro, o cenário era diverso. A autoridade policial, necessariamente, deveria ser um juiz, detentor de duas funções – administrativa e judiciária.

Inicialmente, cabia aos juízes de paz lavrar auto de corpo de delito e formar a culpa (sumário de culpa), conforme estava consignado no Código de Processo Penal Brasileiro, de 1832¹⁰⁴.

Posteriormente, em 1841, no atual Código de Processo Penal, restou configurada a concorrência entre chefes de polícia, e seus delegados e subdelegados, em face dos juízes municipais, na preparação do sumário de culpa com acumulação de funções. Contudo, iniciou-se a separação das funções criminais e policiais, conforme esclarece Michel Misse:

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 set. 1871. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm>. Acesso em: 3 out 2013.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 187-188.

¹⁰³ MISSE, Michel (coord.). Introdução. In: **O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. 1 ed. NECVU/IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro: Booklink, 2010. p. 9.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 11.

“[...] já se começa a separar essas funções, a obrigar os delegados que pronunciassem (a *pronúncia* substituía o sumário de culpa) o suspeito a enviarem o processo ao juiz municipal, para a manutenção ou não da decisão. Finalmente, em 1871, por meio da Lei 2.033, a formação da culpa passou a ser atribuição exclusiva dos juízes de direito e juízes municipais, cabendo à polícia (delegados e subdelegados) apenas proceder ao *inquérito policial* [...]”¹⁰⁵ (Grifo do autor)

O mesmo ordenamento em tela suprimiu o sumário de culpa e a pronúncia, em virtude da ausência de contraditório no inquérito policial, fato este suscetível à inconstitucionalidade, vez que a prisão somente poderia ser decretada após a pronúncia, com exceção do flagrante delito.

Resta, pois, evidenciada a evolução da tradição no que se refere ao inquérito policial.

2.1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade

O inquérito policial é o procedimento prévio mais importante que se destina à preparação da ação penal.

“O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não *acusado*, ou *réu*) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com *litigantes* (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado há de ser plenamente tutelados no inquérito.”¹⁰⁶ (Grifo do autor)

Desse modo, “o inquérito policial foi definido como um conjunto de diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido em instrumento escrito”¹⁰⁷. No entanto, antes mesmo de ser positivado, o inquérito se encontrava presente por meio da inquirição de testemunhas na polícia.

A sua finalidade, por sua vez, consiste em investigar o crime e encontrar o seu autor, com o objetivo de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em

¹⁰⁵ MISSE, Michel (coord.). Introdução. In: **O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. 1 ed. NECVU/IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro: Booklink, 2010. p. 12.

¹⁰⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 63.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 189.

juízo, proporcionando, assim, a segurança da ação da justiça e do próprio acusado. Logo, no tocante a sua utilidade, o inquérito servirá de justa causa para convencer o titular da ação penal a promovê-la. Quanto ao juiz, este somente poderá utilizá-lo se estiver claramente confirmado pelo crivo do contraditório, devendo ser demonstrado pela acusação.

2.1.2 Valor Probatório das provas colhidas no Inquérito Policial Brasileiro

O inquérito é um meio de extinguir as dúvidas frágeis e as mentiras construídas com o intuito de prejudicar outrem, evitando julgamentos indevidos. É importante ressaltar que por ser considerado um procedimento preparatório e preventivo, em regra, é inválido para produzir provas, uma vez que visa à proteção do indivíduo e não o seu prejuízo. Exatamente por isso, Guilherme de Souza Nucci diz que o inquérito:

“[...] possui características próprias, tais como sigilo, a falta de contrariedade, a consideração do indiciado como objeto de investigação e não como sujeito de direitos, a impossibilidade de argüir a suspeição da autoridade policial que o preside, a discricionariedade na colheita das provas, entre outras.”¹⁰⁸

Portanto, no entendimento de NUCCI, em razão da inobservância dos princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório, as provas produzidas na fase inquisitorial só podem ser consideradas como mero indício, visto que sozinhas são inúteis para uma condenação ou para um juízo de pronúncia.

2.2 Confissão extrajudicial

É na fase de investigação que pode ocorrer o primeiro exercício do direito ao silêncio, no momento em que o suspeito não tem a obrigação de conceder nenhuma declaração à autoridade investigante. Conforme disposto pelo autor Nucci:

“a confissão é admissão, no processo penal, da prática de fato criminoso, feita pela pessoa suspeita ou acusada de ser autora de delito, desde que o faça com pleno discernimento, de maneira expressa, voluntária e pessoal diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo.”¹⁰⁹

Portanto, a simples admissão de culpa pela prática de um crime não configura uma autêntica confissão, e sim apenas confissões informais, isto é, formas comuns

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 189.

¹⁰⁹ Idem. **Provas do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 82.

de se denominar a assunção de responsabilidade, como é o caso das admissões de culpa ao padre no interior da igreja, ao amigo no campo de futebol, dentre outros casos.

A autêntica confissão que constitui um meio de prova no processo penal exige formalidade, e por isso deve ser dirigida à autoridade competente para colhê-la. Ademais, somente é possível configurar uma confissão criminal, como prova legítima, se o acusado estiver em seu juízo perfeito, fazendo-o de modo expreso, de forma voluntária e pessoal. Tal confissão poderá ser extraída extrajudicialmente, durante o inquérito policial – por exemplo, como também judicialmente, sendo neste caso chamada de confissão judicial.

2.2.1 Natureza Jurídica

A doutrina divide-se no tocante à conceituação da natureza jurídica da confissão do réu. Desse modo, existem três linhas de pensamento. A primeira entende que a confissão é primordialmente meio de prova, enquanto a segunda linha a considera como meio de defesa. Por fim, a terceira linha de doutrinadores a classifica tanto como meio de prova como meio de defesa.

O artigo 200 do Código de Processo Penal abrange as características da confissão. A sua divisibilidade é legalmente admitida, sendo possível ao juiz aproveitá-la por partes, como, por exemplo, aceitar a admissão da culpa no tocante à autoria e à materialidade, mas rejeitá-la no que pertine à excludente. Entretanto, não é possível que o magistrado divida a confissão em porções estanques, sem sentido e com quebra de contexto, pois neste caso ele estaria distorcendo a ideia exposta pelo interrogado.

Ademais, a confissão é ainda retratável, tanto na fase extrajudicial quanto na fase judicial, seja de forma integral ou parcial. Isto é, o réu pode ser novamente interrogado, a qualquer momento, concedendo o direito de voltar atrás no que disse. Todavia, admitida a possibilidade de o réu retratar-se, o magistrado não fica vinculado a acreditar na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundamentado no exame de todas as provas colhidas durante a instrução.

2.2.2 Requisitos

O simples fato de o réu admitir sua culpa não constitui meio de prova. É necessária a presença de requisitos intrínsecos e extrínsecos para que a declaração do réu seja

considerada como uma confissão válida, isto é, para que o juiz a utilize com o objetivo de formar o seu convencimento. Desse modo, a confissão possui seis requisitos intrínsecos.

O primeiro diz que as declarações do acusado não podem ser contrárias às leis da natureza, uma vez que é imprescindível o mínimo de probabilidade, logo, a confissão precisa estar de acordo com a lógica e o bom senso, para assim ser considerada verossímil.

Ademais, a confissão deve ser certa e inteligível. Isto é, o réu deve relatar apenas os fatos que sejam do seu conhecimento, não sendo possível a confissão condicional ou presumida, como também aquelas que dependam de uma avaliação técnica ou da comprovação por meio de outras fontes. Desse modo, quanto mais o réu relatar detalhes que apenas o culpado poderia conhecer, mais o seu ato de admissão de culpa terá credibilidade. A declaração do réu ainda não pode conter contradições, obscuridades e ambiguidades, com o intuito de impedir uma compreensão clara e objetiva. Assim, a presença desse requisito evita que o juiz interprete o sentido das palavras do acusado. Desta forma, deve-se rejeitar a admissão de culpa ininteligível.

A confissão ainda deve ser persistente e uniforme, sendo estes elementos fundamentais para a autenticidade. A veracidade de uma confissão será melhor avaliada quanto maior for o índice de sua repetição. Entretanto, cabe ao juiz analisar todos os requisitos da confissão para formar o seu convencimento, e não apenas se atentar para os requisitos da persistência e da uniformidade. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta da seguinte forma:

“Nem sempre a contradição está ligada à culpa e a atitude retilínea, à inocência. Pode ocorrer do criminoso frio e calculista ter-se preparado de tal forma para o cometimento do delito que ele tenha maior persistência e uniformidade ao narrar sua versão (alegando inocência) do que o realmente inocente que, despreparado, sem ter calculado uma linha de defesa, acaba caindo em contradições ao longo dos depoimentos que prestar.”¹¹⁰

Por fim, é necessário que a confissão seja coerente e com conteúdo relacionado ao confitente. A coerência é um dos elementos mais importantes para analisar o grau de veracidade da confissão, pois a declaração do réu deve estar de acordo com as demais provas do processo. Todavia, não é necessário que todos os fatos relatados pelo réu sejam confirmados pelas demais provas. É preciso, apenas, a confirmação da essência da confissão pelas outras provas. Por sua vez, o conteúdo ainda deve estar relacionado ao confitente, uma vez que não é possível reconhecer a prática de algum ato criminoso que diga respeito a

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 155.

terceiros. Somente é possível reconhecer ato criminoso que tenha praticado. Logo, não é admissível o testemunho ou delação como confissão.

No que diz respeito aos requisitos extrínsecos, a confissão deve ser: expressa e reduzida a termo; produzida perante autoridade competente; voluntária; pessoal e produzida por pessoa capaz.

No processo penal não se admite a confissão feita em qualquer escrito, em razão da ausência de todas as formalidades necessárias, como também não é admissível a confissão tácita e aquela produzida oralmente, sem constar por termo nos autos. No processo civil, por sua vez, se o indivíduo for intimado devidamente para prestar depoimento pessoal e não comparecer, ele poderá ser considerado parte confessa¹¹¹. Este é o entendimento do autor Guilherme de Souza Nucci.

Entretanto, no tocante ao requisito extrínseco acima, é importante ressaltar o novo aspecto presente na fase inquisitória, que é a filmagem da confissão extrajudicial. Diante disso, a confissão não deve ser necessariamente reduzida a termo. É possível sua gravação, permitindo uma maior aproximação do magistrado à verdade do fato, visto que possibilita uma análise do comportamento do indivíduo no momento em que confessa o crime, como também das circunstâncias que o envolve.

Destarte, a produção da confissão deve ocorrer perante a autoridade competente, por exemplo, diante do delegado, no caso de confissão extrajudicial, sob pena de constituir-se apenas em prova testemunhal ou documental futura¹¹². Neste sentido, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

“Não se trata de confissão a conversa informal que o indiciado ou réu trava com terceiros admitindo a prática do delito – mesmo porque, como já se disse, esse ato faz parte da prova testemunhal. Assim, pode ter negado o crime, quando ouvido pela autoridade policial, e, depois, numa “carona” que lhe é oferecida para casa, acaba mantendo diálogo com policiais no interior da viatura e a eles, admitindo ter sido o autor do delito – como já abordado. Quando muito, poderão os referidos policiais dar o seu testemunho a respeito da conversa que mantiveram com o suspeito, mas jamais poderá o magistrado considerar que o réu confessou, no sentido jurídico do termo, com as conseqüências daí advindas, a prática da infração penal.”¹¹³

Há de se falar ainda que a confissão para valer como prova há de ser voluntária, mas não necessariamente espontânea. Isto é, a confissão não precisa ser sincera e

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 156.

¹¹² Ibidem. p. 227.

¹¹³ Ibidem. p. 157-158.

demonstrativa do arrependimento do confitente, não precisa decorrer do próprio acusado, não precisa emanar do íntimo. Em matéria penal, basta que a confissão decorra da vontade própria, sem coação, independente de ter sido motivada por interesse egoístico ou sugestionado por terceiro (por exemplo, advogado ou parente), ou seja, não é exigível o ânimo de confessar. Entretanto, para que a confissão possa valer como atenuante da pena, ela deve ser voluntária e espontânea. Conforme explicitado por Guilherme de Souza Nucci:

“É preciso ressaltar, ainda, que a voluntariedade não tem a ver somente com o momento da confissão [...]. Se o interrogado sofreu algum constrangimento ilegal antes do ato ou existe uma promessa de que, se não confessar, sofrerá algum mal depois, não se pode falar em ato voluntário.”¹¹⁴

À luz do entendimento do referido autor, no tocante à possibilidade de algum constrangimento ilegal antes ou depois do ato de confessar, é importante ressaltar que por meio da filmagem da confissão no inquérito policial as circunstâncias que envolvem o indivíduo ficam mais evidenciadas. Desse modo, a filmagem traz vantagens para salvaguardar a lisura do próprio procedimento do inquérito policial, uma vez que possibilita um exame melhor de todo o ambiente de uma delegacia.

O último requisito a ser analisado está relacionado à necessidade da confissão ser pessoal e ainda produzida por pessoa capaz. Diante de tal requisito, não pode o réu conferir a alguém, por meio de uma procuração, a possibilidade de ser interrogado em seu lugar, e assim, confessar a autoria de algum delito. Por outro lado, ao mesmo tempo, é imprescindível que a confissão seja produzida por pessoa capaz, e, assim, diante de uma enfermidade mental, a voluntariedade do ato poderá ser retirada, pois neste caso não pode considerar que o ato foi livremente produzido.

No que se refere à confissão extrajudicial, não existem muitas preocupações em relação aos requisitos, mas sempre é importante analisá-los, com o intuito de proporcionar uma maior seriedade ao indicio produzido.

2.2.3 Valor probatório

Antigamente, a confissão era considerada a rainha das provas, isto é, a mais importante delas. Desta forma, caso o réu confessasse, o processo probatório já estaria com seu fim delineado. Porém, tal entendimento foi superado. Assim, a confissão, no âmbito processual, é considerada como uma prova relativa, não possuindo caráter absoluto em

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 160.

hipótese alguma. Desse modo, configura-se como um erro judiciário a aceitação, pura e simples, de confissões isoladas, sem a análise da compatibilidade e concordância com o conjunto probatório completo do processo-crime. Portanto, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

“[...] a confissão produzida na fase extrajudicial, sem o amparo do defensor, na maioria dos casos, e sem o crivo do contraditório, é mero indício. A confissão produzida em juiz constitui prova relativa, nunca aquinhoadada com o caráter absoluto. A sua existência isolada e única no processo demanda absolvição.”¹¹⁵

Por isso, entende-se que a confissão extrajudicial tem caráter meramente informativo, afastando cada vez mais o conceito de prova em razão da violência que o indivíduo está exposto. E assim, o juiz somente irá utilizá-la como indício para formular o seu convencimento¹¹⁶. Logo, toda e qualquer violência deve ser eliminada, a exemplo dos métodos citados por Guilherme de Souza Nucci, como é o caso das:

“[...] queimaduras com cigarros acesos, sujeição a muitas horas sob forte luz diante dos olhos, agressões físicas em regiões do corpo que não deixam marcas e o prolongamento abusivo de prisões para “averiguação que, em verdade, inexistem em nosso sistema processual penal.”¹¹⁷

Nesse sentido, o mesmo autor conclui que “[...] a prova colhida oralmente no inquérito policial tem validade somente como indício, merecendo ser confirmada, realmente, em juízo, e não meramente infirmada sob o crivo do contraditório [...]”¹¹⁸.

Ademais, em regra, admitir a culpa é considerado um ato antinatural, porém nobre e moralmente elevado, uma vez que tendência do ser humano é negar qualquer fato que possa prejudicá-lo.

Entretanto, é evidente que a tendência do indiciado é ser espontâneo. Desse modo, não se pode transformar o direito de não produzir provas contra si, em direito de cegar a sociedade quanto ao que foi colhido na fase inquisitória. Logo, haverá sempre um conflito de interesses entre a observância das garantias constitucionais e a eficácia da repressão à criminalidade¹¹⁹.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 281.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 199.

¹¹⁸ Ibidem. p. 192.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 830.

3 A FILMAGEM DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A vigência do Código de Processo Penal Brasileiro ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial. Nesta época, era impossível prever o progresso tecnológico que viria a suceder após alguns anos, trazendo consigo as novas tecnologias que, a exemplo das câmeras filmadoras, propiciam maior segurança e eficiência ao procedimento investigativo oficial, ao serem utilizadas como meio de produção probatória¹²⁰.

Da mesma forma, mesmo em tempos atuais, é precária a previsão doutrinária quanto às possíveis implicações que os novos meios tecnológicos podem acarretar nas soluções das complexas práticas delituosas. Ora, o Brasil não registra regulamentação, nem sequer ponderações doutrinárias ou jurisprudenciais, a respeito da captação de imagem da confissão extrajudicial, por meio de câmeras filmadoras, para a produção probatória, bem como suas consequências.

A gravação audiovisual somente está prevista nos parágrafos do artigo 405, do Código de Processo Penal¹²¹, incluídos pela Lei nº 11.719, de 2008¹²², destinando-se ao registro dos depoimentos colhidos em juízo, e não na fase inquisitorial, como se observa:

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”¹²³

Por este motivo, as referidas alterações, que possibilitaram a gravação audiovisual na fase judicial, tem apenas uma tímida aplicabilidade na fase inquisitorial¹²⁴.

¹²⁰ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 115.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 jun. 2008**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 8 out. 2013.

¹²² Idem. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 3 out. 2013.

Diferente se mostra o cenário da Argentina. O respectivo país detém normas sobre a apreciação e valoração das filmagens como meio de prova, como é o caso da Lei nº 24.424/94, que incluiu o artigo 26-bis à Lei nº 23.737:

“Referido dispositivo determina que a prova consistente em fotografias, filmagens ou gravações somente poderá ser admitida no processo se comprovada sua autenticidade. Também na Argentina a Lei nº 24.192, [...] prevê, em seu artigo 44, que serão admitidos como prova os fatos filmados pela autoridade competente, ou seja, autoridade policial. Referido dispositivo ainda determina que eventual filmagem praticada por particulares poderá ser admitida no processo como meio de prova, devendo receber do julgador a valoração que considerar mais adequada à hipótese concreta.”¹²⁵

Assim, diante do panorama brasileiro, verifica-se que a norma, bem como a doutrina, não se encontram no mesmo ritmo da evolução tecnológica, que, por sua vez, apresenta grandes resultados para o processo penal, principalmente no que se refere à produção de provas e ao procedimento investigativo.

Neste diapasão, a falta de preparo dos policiais na investigação se mostra evidente, possibilitando o uso das novas tecnologias de modo equivocado ou abusivo, e, conseqüentemente, transgredindo o direito constitucional conferido ao indivíduo – resultado potencialmente negativo à garantia fundamental¹²⁶.

Por outro lado, é evidente que o intuito, *a priori*, consiste em proporcionar uma maior proximidade à elucidação da autoria do crime, visto que a gravação audiovisual permite o esclarecimento de informações de relevante interesse público, como o primeiro momento em que indivíduo se encontra apto a esclarecer os fatos:

“Tal medida, além de conferir maior transparência à forma como são colhidos os depoimentos em sede policial – o que poria uma pá de cal sobre boa parte das alegações infundadas levantadas pela defesa, no sentido de que os seus clientes foram torturados (física ou psicologicamente) – preservaria, de forma mais fidedigna possível, as falas e expressões utilizadas pelo indiciado [...]”¹²⁷

Todavia, o referido progresso comporta dois efeitos:

“Ao mesmo tempo em que tais instrumentos permitem um melhoramento ostensivo nos meios de investigação criminal, servem para potencializar os riscos de exposição do cidadão comum, especialmente aquele em relação ao qual nenhuma suspeita de prática criminoso incide e que passa a sofrer

¹²⁵ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais**: sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 117.

¹²⁶ Ibidem. p. 116.

¹²⁷ PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 3 out. 2013.

indevidas intromissões em sua garantia constitucional de intimidade e privacidade.”¹²⁸

Assim, em face do caráter conservador da norma processual penal brasileira, resta instaurado o conflito entre o interesse estatal e a norma constitucional. De um lado, a necessidade de investigar e punir as práticas delituosas concretizadas no território nacional, por outro lado, a imposição dos limites determinados pelo texto legal¹²⁹.

Portanto, se torna imprescindível uma análise no que se refere à admissibilidade da filmagem da confissão produzida no inquérito policial sob o enfoque da classificação das provas no Brasil.

3.1 Da (a)tipicidade da prova documental

Os meios ordinários de prova, previstos no artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro, permitem a demonstração da existência e veracidade do fato¹³⁰. São eles: exame de corpo de delito e outras perícias, interrogatório do acusado, confissão, perguntas ao ofendido, testemunhas, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação, documentos e busca e apreensão. Os indícios, como já vistos, ainda que elencados dentre os meios legais, não são considerados como meios de prova¹³¹.

Contudo, por se tratar de um rol exemplificativo, são admissíveis outros meios de provas, desde que não contrariem a norma legal e os direitos indisponíveis:

“Funda-se a permissão na liberdade probatória nos códigos de processo penal de: Chile (art. 295), Costa Rica (arts. 182 e 234), Portugal (art. 125), Uruguai (art. 173), Colômbia (art. 373, Lei 906/2004) e algumas províncias argentinas (Código de Processo Penal de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Mendoza, Catamarca).”¹³²

E por provas ilícitas, explica Vicente Greco Filho:

“É admissível, portanto, uma inspeção judicial, não disciplinada expressamente no Código de Processo Penal, mas adequada ao processo ocidental, tanto que está prevista no Código de Processo Civil.

¹²⁸ SÁNCHEZ, Chirino. Las tecnologías de información y el proceso: analisis de una crisis anunciada. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Apud ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 112.

¹²⁹ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111.

¹³⁰ Ibidem. p. 119.

¹³¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210.

¹³² FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

Não serão admitidas as ordálias, ou júzos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida.

Essa é a primeira hipótese de ilicitude de prova, ou seja, ilicitude porque o meio não é previsto na lei e não é consentâneo com os princípios do processo moderno, logo não será admitido.

Há duas outras situações de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código.

O segundo caso de ilicitude é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. O exemplo clássico seria o da reconstituição de um estupro ou de uma inundação ou grande incêndio.

A terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da ilicitude da obtenção do meio de prova.”¹³³

Em relação aos meios legais, merece destaque o meio de prova denominado ‘documento’. Segundo o entendimento de Arruda Alvim, “documento não se destina tão-somente a fixar indelevelmente o pensamento, que é a sua utilização mais comum; mas, sim, é também destinado a fixar duradouramente um fato, ideia esta ampla e compreensiva que a anterior”¹³⁴.

Por sua vez, Eugênio Pacelli de Oliveira, Julio Fabbrini Mirabete e Spiridon Anyfantis concluem, respectivamente, que:

“Deve-se [...] entender como documento qualquer manifestação *materializada*, por meio de grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou de comunicação, em que seja possível a compreensão de seu conteúdo.”¹³⁵

“Documento, em sentido amplo, é o objeto idôneo a servir de prova, que inclui não só o escrito, mas também objetos outros, como fotografias, filmes, discos, etc. [...] Documento, em sentido estrito, é toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica.”¹³⁶

“[...] a prova documental se caracteriza por possuir um sujeito, um meio para ser levada ao conhecimento do julgador e um conteúdo. O sujeito é a pessoa que forma ou cria o documento, independentemente da forma como o faça, se por meio de escrita, gravações audiovisuais, fax etc. Se for público e manifestado na forma escrita, o documento goza de presunção de legitimidade.

Quanto ao meio do qual se vale a prova documental, refere-se aqui à forma pela qual poderá esta ser levada ao âmbito do processo. Regra geral a prova costuma ser móvel, mas também é possível a existência de prova localizada em coisa imóvel, como uma transcrição ameaçadora em muro ou parede de casa semidestruída. No primeiro caso, pode ser encaminhada diretamente ao

¹³³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

¹³⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2. p. 448 *Apud* ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 120.

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 439.

¹³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 245.

conhecimento do julgador. Nesse último caso deve ser contemplada por outra forma, como fotografia ou filmagem.

Por fim, o terceiro pressuposto diz respeito ao conteúdo, ou seja, a prova documental deve representar um fato qualquer, necessário e pertinente à comprovação do que se alega.¹³⁷

O conceito de documento também é disciplinado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 232, *in verbis*:

“Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.”¹³⁸

De acordo com o parágrafo único do r. artigo, Magalhães Noronha opta por não distinguir ‘documento’ de ‘instrumento’, vez que, atualmente, a prova documental abrange a fotografia, fonografia e cinematografia, indo além do escrito¹³⁹. Diferente é o entendimento de Spiridon Anyfantins, que, por sua vez, conceitua documento como a “fixação duradoura de um fato para produção de efeitos futuros”¹⁴⁰ e instrumento como o “suporte material onde é fixado ou apresentado a terceiros o conhecimento do fato”¹⁴¹.

De qualquer forma, é nítida a abrangência do conceito de documento, permitindo, assim, a concentração de inúmeros elementos comprobatórios a serem admissíveis no processo penal, em virtude da pobreza conceitual presente no ordenamento jurídico frente à necessidade de se produzir provas¹⁴².

Resta, pois, instaurada a problemática em relação à atipicidade da prova documental, que tem direta repercussão no momento da admissibilidade e produção de prova, como analisa Vera Kaiser Sanches Kerr¹⁴³.

¹³⁷ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.120-121.

¹³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹³⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.128.

¹⁴⁰ ANYFANTIS, op. cit. p. 122.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 690.

¹⁴³ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

3.1.1 Da distinção de documento e de documentação

Em que pese a distinção entre documento e instrumento, merece trazer à baila o termo documentação, a fim de realizar uma reflexão no tocante à captação da filmagem da confissão extrajudicial.

A abrangência da prova documental, em virtude da evolução tecnológica e do rol exemplificativo previsto no artigo 232 do Código de Processo Penal Brasileiro, permite que captação de filmagem seja considerada um suporte por meio do qual se assenta a declaração de vontade¹⁴⁴. Partindo-se desta linha de pensamento, deve, então, ser submetida às normas legais estabelecidas no artigo 231 e seguintes do mesmo diploma ordinário. Conforme Guilherme de Souza Nucci,

“Documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma idéia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CD`s, DVDs, *pen-drive*, *e-mail*, dentre outros. Trata-se de um visão moderna e evolutiva do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista o avanço da tecnologia.”¹⁴⁵ (Grifo do autor)

Logo, a noção de documento como singelo papel já não pôde mais ser adotado com a edição da Lei nº 11.419/2006¹⁴⁶, a qual deu validade de utilização do documento produzido eletronicamente e seu acesso pelas partes.

Assim, “além de papéis escritos, são considerados documentos quaisquer registros de atividades humanas das mais diversas naturezas: o CD, o DVD, o filme ou película, a gravação de sons e a gravação de imagens”¹⁴⁷.

De tal modo, depreende-se que a captação da filmagem da confissão extrajudicial, especificamente, é possível de ser considerada como prova documental, se distinguindo da prova indiciária, prevista no artigo 239 do Código de Processo Penal, vez que não se refere à mera circunstância da prática delituosa¹⁴⁸.

¹⁴⁴ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 123.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 123.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 dez. 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. Acesso em: 8 out. 2013.

¹⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneo da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 206-207, maio/jun.2007.

¹⁴⁸ ANYFANTIS, op. cit. p. 124.

Ademais, caso o documento em tela seja utilizado no processo penal em razão dos atos ou fatos que estejam nele contidos – confissão realizada na fase inquisitorial, conforme leciona Spiridon Anyfantis, será conferida a natureza de meio de prova¹⁴⁹. Por outro lado, na mesma linha de entendimento do referido autor, caso o fato ou o ato seja considerado menos importante em face da sua materialidade, isto é, de seu suporte, a natureza será de objeto de prova¹⁵⁰ - o que não é o caso.

Desta forma, é discutível a possibilidade da filmagem da confissão extrajudicial configurar-se como prova documental, visto que, a filmagem, por si só, é considerada como um documento, isto é, como um meio de prova por se tratar de instrumento por intermédio do qual elementos probatórios são introduzidos e fixados no processo. O próprio Código de Processo Penal a considera como um documento típico, ainda que seja produzida na fase inquisitorial, ausente o contraditório, pois é realizada com o intuito de se buscar a verdade processual¹⁵¹.

Entretanto, alguns doutrinadores distinguem documento e documentação. O “documento consiste no instrumento pelo qual o objeto representado é um ato realizado fora do procedimento, ou seja, extraprocessual”¹⁵². É meio de prova pré-constituída, no qual se torna possível materializar a representação de um fato estranho, geralmente, anterior ao processo. Por sua vez, a documentação consiste no “instrumento pelo qual o objeto representado é um ato do procedimento, ou seja, endoprocessual”¹⁵³. A documentação não origina um documento, é apenas um registro por meio de símbolos¹⁵⁴.

A distinção se torna indispensável em razão da noção ampla de documento, no qual infere-se que:

“se ‘qualquer coisa ou ato’ pode ser reduzido a documento, consequentemente teremos uma amplitude muito maior no que diz respeito ao momento de produção da referida prova e sua admissão no processo, haja vista que, segundo o art. 231 do CPP, em qualquer fase do processo, admite-

¹⁴⁹ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais**: sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 124.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

¹⁵² Ibidem. p. 65.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem. P. 65-66

se a juntada de documentos, sempre se providenciando a ciência das partes envolvidas, exceto quando a lei dispuser de modo contrário”¹⁵⁵.

E, conseqüentemente, permite-se evitar o perigo de se transformar qualquer materialização em prova documental, conforme observa Antonio Scarance Fernandes:

“A apontada amplitude conceitual torna provas documentais as fontes obtidas por meios de investigação largamente utilizados, como, por exemplo, as fontes colhidas em interceptações telefônicas e gravações ambientais. [...] Ronda sempre um perigo na falta de precisão do conceito de prova documental e na não feita da distinção entre documentação de ato de investigação ou do processo e produção de prova documental”¹⁵⁶.

Desse modo, superada a confusão entre documento e documentação, é possível firmar outra linha de entendimento: a filmagem da confissão extrajudicial poderia ser considerada como mera documentação de um ato do procedimento investigatório, e não como documento propriamente dito¹⁵⁷.

A referida constatação torna-se plausível, por meio de analogia, ao analisar a pretensão adotada pelo Ministério Público de introduzir, no processo, a oitiva de uma testemunha como prova documental:

“A substituição da prova testemunhal por documento é feita no Brasil para escapar da necessidade de que o depoimento fosse colhido pelo juiz em audiência com a participação das partes e para superar os limites de admissibilidade da prova testemunhal, pois o documento pode ser juntado a qualquer momento no processo, enquanto a prova testemunhal deve ser requerida no início da fase postulatória deve ser produzida em momentos determinados”¹⁵⁸.

No mesmo rumo, a lição de Aury Lopes Junior, que assevera:

“Nessa linha situam-se os depoimentos de testemunhas, colhidos fora do processo (mesmo que feitos na presença de tabelião) e simplesmente juntados ao processo. Se o CPP prevê que a prova testemunhal tem que ser produzida em juízo, à luz do contraditório, de nada vale um depoimento colhido à margem da forma estabelecida.

¹⁵⁵ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal:** estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

¹⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal:** estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. **In:** YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005. p. 350 *Apud* KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal:** estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

¹⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneo da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 223, maio/jun.2007.

Igualmente ilícita é a ‘instrução paralela’ que às vezes é feita pelo Ministério Público com o auxílio ou não da polícia. Explicamos. Concluído o inquérito, é remetido a juízo onde a denúncia é oferecida e o processo iniciado.

Paralelamente ao processo, o Ministério Público continua colhendo depoimentos, como se fosse possível uma sobre-vida do inquérito policial após sua conclusão e remessa a juízo, ludibriando assim a garantia da jurisdição (pois é uma pretensa prova, mas viciada por ser feita fora do processo quando nesse, obrigatoriamente, deveria ter sido produzida) e do contraditório (pois elementar o caráter inquisitorial dado a esse proceder, sem o comparecimento ou conhecimento do imputado).

Ao final da instrução processual, o Ministério Público simplesmente junta, como se documentos fossem, diversos depoimentos colhidos nesse absurdo procedimento investigatório paralelo.

Trata-se de uma prática ilegal e que não pode ser tolerada, devendo ser imediatamente desentranhados.¹⁵⁹

À vista disso, é possível afirmar que o mesmo ocorre com a confissão extrajudicial. O mero registro da declaração não pode se confundir com a forma de uma prova documental, isto é, o resultado de uma confissão não pode ser transformado em uma prova documental.

É que a filmagem, por si só, não desnatura a confissão extrajudicial. Esta continuará sendo considerada como prova oral, visto que a gravação apenas tem a finalidade de registrá-la, nada mais. Isto é, ocorre somente a documentação da declaração em questão.

De qualquer forma, independentemente de sua classificação, a filmagem proporcionará inúmeras vantagens ao inquérito policial, uma vez que a concentração de confissões extrajudiciais e a produção de provas para o processo penal dão-se na polícia. Logo, os notórios aspectos ligados à violência policial no curso das investigações do crime, como no ato de confissão, poderão ser averiguados por meio da filmagem e, assim, o ambiente poderá ser analisado pelo juiz de uma melhor forma, trazendo resultados positivos para a sociedade, a exemplo da segurança jurídica, além de proporcionar a sua utilização com mais confiança no convencimento do magistrado.

Assim, seja considerada como prova documental seja como oral, é cabível que o juiz avalie a filmagem posteriormente sob o crivo do contraditório, se aproximando da verdade processual, entendida pelo renomado autor Ferrajoli como uma verdade aproximada¹⁶⁰:

“A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não

¹⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 637.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo o que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. [...] Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade *aproximada* a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência”¹⁶¹. (Grifo do autor)

Em resumo, considerando que a filmagem apenas registra a confissão, afirma-se que a natureza jurídica desta não é alterada. Esta continuará sendo considerada prova oral, visto que ocorre somente a documentação da confissão. Por outro lado, diante da atipicidade do termo documento, torna-se possível considerá-la como prova documental, conforme o entendimento de alguns doutrinadores e, por conseguinte, ainda é viável avaliá-la à luz do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁶², com base nas razões a seguir expostas.

3.2 Da análise da segunda parte do artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro

Corroborando a discussão acima exposta, quanto à possibilidade de atribuir à filmagem da confissão extrajudicial a natureza jurídica de prova documental, importante destacar o artigo referente à valoração da prova:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”¹⁶³

De início, constata-se que a nova redação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, procedida pela Lei nº 11.690/08¹⁶⁴, manteve, em regra, o princípio do livre convencimento motivado, também chamado de livre apreciação judicial da prova ou persuasão racional do juiz¹⁶⁵, que encontra fundamento no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

¹⁶² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 jun. 2008**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁶⁵ EBERHARDT, Marcos. **Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória**. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 100.

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”¹⁶⁶

À vista disso, o juiz detém liberdade para valorar as provas, devendo, no entanto, fundamentar sua decisão, o que permite às partes conferir o material probatório e os motivos que levaram à conclusão do magistrado¹⁶⁷. Nas palavras de Vicente Greco Filho:

“[...] ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante nos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento”¹⁶⁸.

Na esteira desse sistema, importante destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25.475/SP:

“[...] AFIRMAÇÃO DE QUE TERIA HAVIDO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA, BEM COMO DA FALTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE O HORÁRIO DA MORTE DA VÍTIMA NO LAUDO NECROSCÓPICO. INOCORRÊNCIA. PROVAS REQUERIDAS APÓS O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ.

[...]

6. Ainda que assim não fosse, tem-se que vigora no sistema processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do juiz, consoante o disposto no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, pelo qual o magistrado pode formar o seu convencimento livremente, ponderando as provas que desejar, valorando-as conforme o seu entendimento, ressalvados os casos de provas tarifadas, desde que o faça fundamentadamente.

[...]

3. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 25.475/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010)”¹⁶⁹. (Grifou nosso)

Diverso é o cenário do júri, uma vez que prevalece a convicção íntima em razão da soberania dos vereditos e do sigilo da votação. Assim, a eventual decisão

¹⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202-203.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 202.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25.475/SP**. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010.

condenatória ou absolutória prescinde fundamentação, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988¹⁷⁰.

Na regra, a exigência de motivação do julgado limita, portanto, a liberdade probatória conferida ao magistrado. É uma conquista dos tempos modernos, afirmando o modelo garantista de processo penal, no qual se permite uma ampla participação da defesa¹⁷¹:

“Um modelo garantista de processo penal exige amplo conhecimento quanto aos fatos e quanto ao direito aplicável. O juiz criminal não pode se reduzir ao *poder* de sua autoridade. Suas decisões devem ser fruto de *saber*, de *conhecimento*, e não de simples manifestação de poder/autoridade de decidir”¹⁷². (Grifo do autor)

No âmbito do processo penal, o convencimento está restrito aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Trata-se da verdade processual que será concretizada pela prova materializada no processo.

No entanto, as provas não têm valor previamente determinado. E, assim, as circunstâncias de fato contidas nos autos serão apreciadas juntamente com as demais provas, segundo o entendimento do juiz¹⁷³. E acrescentam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“É livre o convencimento quando o juiz não se vê obrigado a fazer prevalecer um ou outro meio de prova, como se, provavelmente, houvesse uma definição quanto à superioridade de um deles. Não há, nesse sentido, uma *hierarquia* legal quanto aos meios de prova.

De outro lado, a exigência de certa *especificidade* da prova, ou seja, não contraria o princípio do livre convencimento, ajustando-se perfeitamente ao citado modelo garantista. (...)

Mas não se pode dizer que o processo penal brasileiro não contemple outro sistema de convencimento judicial. O Tribunal do Júri, sabe-se, não se orienta pelo livre convencimento motivado ou persuasão racional. Ali, prevalece a íntima convicção, não se exigindo qualquer motivação nas respostas à quesitação. Daí, nossas restrições pessoais ao julgamento pelo Júri”¹⁷⁴. (Grifo do autor)

Noutro aspecto, merece análise a segunda parte do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁷⁵, proveniente da nova redação, que prescreve a impossibilidade

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁷¹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 306.

¹⁷² Ibidem. p. 303.

¹⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

¹⁷⁴ PACELLI, op. cit. p. 306.

¹⁷⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

do juiz fundamentar sua decisão, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos em sede inquisitorial, “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”¹⁷⁶.

A referida previsão, ao invés de “afastar qualquer possibilidade de valoração de material *probante* produzido unicamente na fase de investigação”¹⁷⁷, observada a exceção, permite que o magistrado se baseie em elementos informativos, juntamente com as provas, para formar o seu convencimento judicial¹⁷⁸. É o que assevera Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“A expressão ‘exclusivamente’, portanto, não deve ser entendida como uma porta aberta para a livre valoração do material produzido na investigação, se presentes outras provas colhidas na instrução criminal. Não. Fosse assim, o convencimento judicial poderia ser construído com base *essencialmente* – e não exclusivamente! – em elementos informativos, bastando apenas a referência à existência de outras provas produzidas em Juízo”¹⁷⁹. (Grifo do autor)

Em suma, os atos de investigação não poderão ser utilizados de forma autônoma para fundamentar a sentença condenatória, mas, somente, de forma subsidiária¹⁸⁰.

Nesse ponto, vale destacar que os elementos informativos são aqueles produzidos na fase de investigação preliminar, ausente o princípio do contraditório e da ampla defesa¹⁸¹.

Contudo, as ressalvas previstas no artigo são concretizadas diante do chamado contraditório diferido - contraditório adiado da fase inquisitorial para a fase judicial, que possibilita à defesa a realização de objeções técnicas em relação ao material produzido sem qualquer controle judicial¹⁸², em face da “necessidade de flexibilização na interpretação até mesmo de garantias constitucionais”¹⁸³.

Assim sendo, em juízo, as partes detêm a oportunidade de contrapor a prova cautelar, não repetível e/ou antecipada, momento em que poderão indicar eventual falha

¹⁷⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

¹⁷⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 304.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 305.

¹⁸⁰ EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 101.

¹⁸¹ PACELLI, op. cit. p. 304.

¹⁸² Ibidem. p. 305.

¹⁸³ Ibidem.

técnica, impropriedade da colheita, dentre outras circunstâncias que possam afetar a sua credibilidade¹⁸⁴. Logo, não se trata de prova produzida apenas na investigação.

Mas não é só. A definição de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas não foi delimitada pelo artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁸⁵, o que permite uma possível confusão de conceitos, bem como certa dificuldade no momento da aplicação prática¹⁸⁶.

Nessa dimensão, especificamente em relação à prova não repetível, observa-se que, do mesmo modo que se constatou com a prova documental, a terminologia da prova irrepetível, em tese, é abrangente. E, por isso, tornar-se possível afirmar que, ainda que seja realizada uma segunda prova, esta não será considerada como a repetição da primeira, visto que uma prova nunca se repete¹⁸⁷:

“Resta a prova não repetível [...] defeito de terminologia, uma vez que a prova nunca se repete; pode haver uma segunda perícia sobre o mesmo objeto, mas a segunda não é a repetição da primeira; a testemunha ouvida no inquérito será ouvida em juízo, porém o depoimento judicial não é repetição do primeiro etc.”¹⁸⁸

Com efeito, o tema é enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, como se observa abaixo:

“As provas *não-repetíveis* ou *não-renováveis* são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do se descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual”.¹⁸⁹ (Grifo do autor)

" EMENTA:

I. Habeas-corpus: cabimento na pendência de indulto condicional (D. 1.860/96). **II. Princípio do contraditório e provas irrepetíveis. O dogma derivado do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas - a começar do exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo: porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, no inquérito policial, há de observar com rigor as formalidades**

¹⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

¹⁸⁶ GRECO FILHO, op. cit. loc. cit.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 282.

legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória. III. Reconhecimento fotográfico. O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido: não basta para servir de base substancial exclusiva de decisão condenatória. (HC 74751, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 03-04-1998 PP-00003 EMENT VOL-01905-03 PP-00405).”¹⁹⁰ (Grifo nosso)

interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e no processo penal.”¹⁹² (Grifo do autor)

Acrescenta, ainda, comparação ao direito espanhol:

“[...] o legislador espanhol regulamentou a forma de tratamento a ser conferido às imagens captadas em locais públicos, estabelecendo os seguintes requisitos para sua validade no âmbito judicial: a) a captação de imagens deve ser precedida de autorização prévia, fornecida por um órgão colegiado presidido por um magistrado, sem a qual a câmera de vigilância não poderá ser instalada (art. 3º); b) referida autorização deverá ser motivada e indicativa do local exato onde poderá ser instalado o equipamento; e, finalmente, c) as gravações de imagens e sons deverão ser destruídas, no prazo máximo de um mês, a partir da dada em que foi realizada a filmagem, exceto se documentarem a prática de algum ilícito, em relação ao qual tenha sido instaurada investigação policial ou judicial (art. 8.1).”¹⁹³

Assim, ausente qualquer regulamentação sobre o tema, tornou-se possível aferir sua natureza jurídica e eventual admissibilidade no processo penal brasileiro, uma vez superado o requisito de licitude, diante da necessidade de produzir provas ainda que não previstas ou regulamentadas¹⁹⁴.

Não se pretende, aqui, possibilitar a produção de provas de maneira demasiada, a qualquer custo, sob pena de configurar abuso. É necessário atender ao princípio do contraditório e da ampla defesa – artigo 5º, LV, da Constituição Federal Brasileira¹⁹⁵, bem como garantir a inviolabilidade da intimidade e da privacidade – artigo 5º, X, do mesmo diploma legal¹⁹⁶.

Desse modo, corroborando os argumentos já expostos, resta imprescindível relacioná-los com o objeto da presente pesquisa.

Tendo como ponto inicial a análise da (a)tipicidade da prova documental e consequente possibilidade de classificar a filmagem da confissão extrajudicial como tal, torna-se viável, ainda, avaliá-la em face do disposto na segunda parte do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁹⁷.

¹⁹² ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145.

¹⁹³ Ibidem. 178-179.

¹⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

¹⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2013.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

Primeiramente, em virtude da abrangência do conceito de documento, contemplando “toda forma de registro das atividades humanas, como os escritos, as gravações em disquete, em CD, DVD, as gravações de som e de imagem, os filmes, os mapas, as radiografias, as reproduções”¹⁹⁸, a filmagem da confissão extrajudicial deveria ser considerada, e conseqüentemente aceita no processo, como prova documental, com base no princípio da liberdade de prova.

É que a referida prova, ainda que prevista pelo Código de Processo Penal, não possui a forma de produção regulamentada, o que permite considerá-la como atípica¹⁹⁹. Ora, o avanço da tecnologia e as novas formas de descoberta de prova não estão sendo acompanhadas pela legislação e, assim, restam instaurados os diversos problemas decorrentes da atipicidade, como se observa com a gravação em questão.

Cumpre ressaltar que alguns doutrinadores possuem entendimento contrário, como Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao não admitirem a substituição de uma prova por outra por considerá-la indevida, o que constitui o fenômeno processual dos sucedâneos da prova (usar como prova aquilo que não é considerada como tal), motivo pelo qual distinguem prova documental e documentação do ato processual, sem, contudo, relacionar com a gravação da confissão.

Antes, a confissão extrajudicial era colhida oralmente, sendo reduzida a termo no inquérito policial. Atualmente, em razão da existência da filmagem da referida confissão, é manifestamente perceptível que ela proporciona a análise das condições físicas e psicológicas do indivíduo naquele momento, sem a violação de qualquer direito, garantindo a aproximação aos atos ou fatos (conteúdo).

Diversas são as vantagens que a gravação audiovisual proporciona. Sobre o assunto, merece destaque a percepção de Alexandre Paiva:

“Percebe-se, então, que a difusão de tal meio de coleta de depoimentos na seara policial, além de conferir maior transparência, preservar *ipsi litteris* os termos utilizados e a expressão corporal, impor maior celeridade à coleta dos depoimentos e, até mesmo, economizar papel, contribuindo para a preservação ambiental, é medida que se impõe com urgência. Por isso, deve o Estado prover os meios necessários, com a aquisição de equipamentos aptos à concretização de tais atos, além da normatização, no âmbito das Polícias Judiciárias, no sentido de estimular a sua utilização, para que, quem sabe

¹⁹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 39.

num futuro próximo, devido à ampla utilização pelas Polícias Cíveis e Federal, o legislador ordinário possa inverter a lógica atual e impor restrições à obtenção de depoimento escrito, para autorizar o seu uso somente nas hipóteses em que o registro audiovisual não seja possível.”²⁰⁰ (Grifo do autor)

Contudo, não há como negar a “possibilidade de alteração e reinscrição dos dados e gravações contidas no suporte documental – montagem da gravação”²⁰¹, reduzindo a segurança e a confiabilidade. Neste sentido, Spiridon Anyfantis conclui que “a autenticidade do documento está intimamente vinculada a sua inalterabilidade”²⁰². Ocorre que, da mesma forma, outros instrumentos ou suportes probatório também estão sujeitos a certas violações, como é o caso do depoimento judicial.

Neste diapasão, ausente qualquer regulamentação, é perfeitamente possível considerá-la como prova documental e, assim, também é possível classificá-la como prova não repetível.

O artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal²⁰³, alterado pela Lei nº 11.690/2008²⁰⁴, amplia o conceito de prova ao permitir o uso de elementos colhidos na fase inquisitorial em determinadas hipóteses – provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Por este motivo, é inegável que a legislação concedeu maior importância ao Inquérito Policial²⁰⁵.

No tocante à prova não repetível, uma vez colhida durante o inquérito policial, esta será produzida distante da tutela do juiz. Todavia, para produzir efeito em juízo, tem como requisito a submissão ao contraditório judicial – princípio constitucional.

Assim, ocorrerá o chamado contraditório diferido, que será realizado em momento posterior ao nascimento da prova²⁰⁶, por meio de sua reprodução:

“[...] **reprodução processualmente válida** é aquela que deriva de uma produção antecipada de provas, ou seja, quando na fase processual é lido ou reproduzido em vídeo ou parêntese de áudio o depoimento prestado na fase pré-processual.” (Grifo do autor)

²⁰⁰ PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 3 out. 2013.

²⁰¹ ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais**: sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.128.

²⁰² Ibidem. p.129.

²⁰³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

²⁰⁴ Idem. **Lei nº 11.690, de 9 jun. 2008**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 3 out. 2013.

²⁰⁵ PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 3 out. 2013.

²⁰⁶ Ibidem,

Logo, o contraditório continuará existindo, atendendo ao princípio que rege o processo penal brasileiro, vez que permite às “partes contestar ou discutir o valor probatório dos atos efetivados”²⁰⁷.

A inovação legislativa, contudo, não atribuiu significado às provas não repetíveis. E, por isso, tendo como referência o entendimento de que uma segunda prova nunca será considerada como a repetição da primeira, visto que uma prova nunca se repete²⁰⁸, torna-se razoável abarcar a filmagem da confissão extrajudicial como prova irrepetível. É uma análise amplificada:

“A prova criminal nunca poderia poder ser genuinamente repetida, isto é, reproduzida com fidelidade, pois isso pressuporia a existência da mesma conjuntura que permeou a colheita original da prova, a imutabilidade da fonte da qual emana a prova e a garantia do mesmo resultado”²⁰⁹.

Por outro lado, a análise técnica realizada por outros doutrinadores, como Antonio Fernandes Scarance, também permite que a filmagem da confissão extrajudicial seja considerada como prova não repetível. A referida possibilidade ocorrerá em virtude de eventual impossibilidade de se realizar a declaração em juízo, momento em que se configura a irrepetibilidade da prova²¹⁰.

Assim sendo, caso o depoimento prestado pelo investigado, indiciado ou ofendido na seara policial não possa ser repetido, se colhido mediante gravação audiovisual, “permitirá ao magistrado maior confiança para conferir o valor *probandi* que lhe é devido, pois, além de reproduzir na íntegra todos os termos empregados, possibilitará ao julgador perceber e avaliar as expressões corporais”²¹¹ do indivíduo quando da sua declaração. A impossibilidade de realização da declaração em juízo poderá decorrer da chamada irrepetibilidade superveniente ou natural, quando “a fonte de prova não subsiste até o julgamento por de circunstâncias imprevisíveis e não atribuíveis à vontade humana”²¹² ou, respectivamente, “quando a fonte de prova não subsiste até o julgamento em razão de sua

²⁰⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65.

²⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.

²⁰⁹ BRENTEL, Camila. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 2012. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

²¹⁰ FERNANDES, op. cit. p. 66.

²¹¹ PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 30 set. 2013.

²¹² BRENTEL, op. cit.

natureza transitória”²¹³. Nesse viés, observa-se que o silêncio do legislador permite que a filmagem da confissão extrajudicial seja considerada como prova não repetível, conforme os argumentos expostos. Por conseguinte, levando em consideração o disposto na segunda parte do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal²¹⁴, a referida prova poderia ser usada exclusivamente pelo juiz para formação de sua convicção judicial, visto que posteriormente será observado o contraditório diferido.

²¹³ BRENTTEL, Camila. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 2012. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

²¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 2 set. 2013.

CONCLUSÃO

O progresso tecnológico trouxe consigo novos meios de produção probatória, a exemplo das provas audiovisuais, que propiciam maior segurança e eficiência ao procedimento investigativo oficial e, conseqüentemente, apresentam grandes resultados para o processo penal. Verifica-se, porém, que o Brasil ainda não registra regulamentação, nem sequer ponderações doutrinárias ou jurisprudências no que se refere à utilização de gravações de imagens sob o enfoque da classificação de provas.

É que, compulsando a doutrina, observa-se que as discussões em torno do tema, quando existentes, se atêm ao supercialismo, sem que haja manifestações tendentes a problematizar o tema e questionar a possível classificação da filmagem de uma confissão extrajudicial, em outras palavras, sua natureza jurídica.

Dentro desse aspecto, o estudo da admissibilidade de provas no processo penal brasileiro, especificamente, no tocante à filmagem da confissão extrajudicial revela-se instigante e demanda uma análise cuidadosa em face das possíveis controvérsias no direito, visto que permite uma maior proximidade, maior transparência com o que está sendo gravado.

Com este estudo, almejou-se apresentar algumas plausíveis conclusões quanto à natureza jurídica da filmagem da confissão produzida na etapa de investigação, frente à abrangência de determinadas terminologias utilizadas na classificação das provas, entre as quais incluem as provas documentais e as provas não repetíveis.

Em primeiro plano, importa observar que a abrangência do conceito de documento, contemplando “toda forma de registro das atividades humanas, como os escritos, as gravações em disquete, em CD, DVD, as gravações de som e de imagem, os filmes, os mapas, as radiografias, as reproduções”²¹⁵, concentra inúmeros elementos comprobatórios a serem admissíveis no processo penal, em virtude da evolução tecnológica, do rol exemplificativo previsto no art. 232 do Código de Processo Penal, da pobreza conceitual presente no ordenamento e em face da necessidade de se produzir provas. Observa-se, portanto, que a noção de documento como singelo papel já não pode mais ser adotada.

Assim, diante da problemática instaurada em relação à atipicidade das formas de produção da prova documental, é possível considerar que a captação de imagem

²¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal:** estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

seja considerada como tal, isto é, que a filmagem, por si só, seja considerada como meio de prova por se trata de instrumento por intermédio do qual os elementos probatórios são introduzidos e fixados no processo. Desta forma, em relação à filmagem da confissão extrajudicial, especificamente, se mostra possível considerá-la como um suporte por meio do qual se assenta a declaração de vontade.

E, uma vez admitida pelo processo penal, a referida prova audiovisual, além de conferir transferência e resguardar todos os termos utilizados, impõe celeridade à coleta da confissão e permite analisar as condições físicas e psicológicas do indivíduo.

Noutro giro, a pesquisa em comento procurou analisar a segunda parte do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, ao permitir, em virtude da alteração proveniente da Lei nº 11.690 de 2008, o uso de provas produzidas na fase inquisitorial, dentre as quais se encontra a prova não repetível. O legislador, contudo, não a delimitou, o que permite uma possível confusão de conceitos, bem como certa dificuldade no momento da aplicação prática.

Assim, do mesmo modo que se constatou com a prova documental, a terminologia da prova irrepitível, em tese, também é abrangente. Considerando a pobreza conceitual presente no ordenamento jurídico e a convergência da doutrina e jurisprudência em relação à prova irrepitível, tendo como referência o entendimento de que uma segunda prova nunca será considerada como a repetição da primeira, torna-se possível classificar a filmagem da confissão extrajudicial como prova não repetível, em outras palavras, ainda que seja realizada uma segunda prova, esta não será considerada como a repetição da primeira, visto que uma prova nunca se repete. Ou seja, o indivíduo ouvido no inquérito será ouvido em juízo, porém o depoimento judicial não é a repetição do primeiro. Para que uma prova seja fielmente repetida, pressuporia a existência das mesmas circunstâncias que originou a colheita original da primeira prova, bem como a imutabilidade de sua fonte e garantia do mesmo resultado.

Sob essa ótica, a atual redação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, permite o uso exclusivo de determinadas provas produzidas durante a fase inquisitorial, mediante o contraditório diferido, para a formação do convencimento do juiz, como é o caso da filmagem da confissão extrajudicial.

Ante o exposto, o objetivo visado por este trabalho foi justamente demonstrar em que medida a filmagem da confissão extrajudicial poderia ser aceita na fase

judicial sob o enfoque da classificação das provas no Brasil, caso seja considerada como prova, em virtude da ausência de regulamentação sobre o tema e da abrangência conceitual das terminologias estudadas, sem, contudo, possibilitar a produção de provas de maneira demasiada, a qualquer custo, sob pena de configurar abuso. E, com base nos estudos realizados ao longo da pesquisa, tornou-se possível considerar a filmagem da confissão produzida no inquérito policial como prova documental, bem como prova não repetível.

REFERÊNCIAS

ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais:** sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 6 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial:** doutrina, prática, jurisprudência. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2004.

BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: mai./set. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: mai./set. 2013.

_____. **Lei nº 2.033, de 20 set. 1871.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm>. Acesso em: mai./jun. 2103.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 jan. 1973.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: mai./set. 2013.

_____. **Lei nº 11.690, de 9 jun. 2008.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: mai./set. 2013.

_____. **Lei nº 11.719, de 20 jun. 2008.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25.475/SP.** Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.751/RJ**. Primeira Turma. Relator: Min.Sepúlveda Pertence, julgado em 04/11/1997, DJe 03/04/1998. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874751%2ENUME%2E+OU+74751%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azh98qr> > Acesso em: 4 out. 2013.

BRENTEL, Camila. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 2012. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Processo penal constitucional**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Prova e sucedâneo da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, maio/jun.2007.

_____. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

GLADSON, Miranda. **Processo Penal na visão das bancas examinadoras e jurisprudência**. Brasília: Vestcon, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. **In:** FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Palastri. **A prova penal**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Brookseller, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 1 e v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 11 ed. 12 reimpr. - São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MISSE, Michel (coord.). Introdução. **In: O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. 1 ed. NECVU/IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. **Da prova penal**. São Paulo: Copola, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. _____. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Provas do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Alexandre. Gravação de depoimento confere segurança. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/gravacao-depoimento-encontro-garantias-individuais>>. Acesso em 3 out. 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. - São Paulo: IBCCRIM, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.